

## 1. INTRODUÇÃO

Em janeiro de 2013, a Desembargadora Lúcia Maria reconheceu a nulidade nulidade de cláusula limitativa em contrato de adesão, dando prioridade ao direito à saúde, em uma decisão monocrática, na apelação cível nº 0021589-59.2011.8.19.0066, junto ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA RECUSADA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE, Ação ajuizada com o propósito de se obter a condenação da ré a custear o material (prótese/órtese), indispensável ao procedimento cirúrgico, bem como autorizar a realização de cirurgia. Sentença que confirmou a decisão que antecipou os efeitos da tutela e determinou que a ré arcasse com as despesas inerentes à cirurgia da parte autora, incluindo-se os custos com internação e com o material necessário a sua realização. Condenou, ainda, a parte ré ao pagamento de danos morais. Inteligência contida na Súmula 112 deste E. TJRJ. A cláusula do contrato firmado entre as partes, que exclui a cobertura de qualquer espécie de órteses e próteses é nula, devendo a seguradora arcar com todos os custos inerentes à cirurgia. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO RECURSO. DECISÃO MONOCRÁTICA<sup>1</sup>.

Trata-se de um processo que a parte Autora ajuizou pedido de condenação da Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil à obrigação de fazer consistente em custear a continuidade de seu tratamento, com implantação de prótese peniana, tendo em vista ter sido acometido de câncer, cujo tratamento se iniciou com radioterapia, culminando em disfunção erétil, que dependia da cirurgia corretiva, não autorizada pela Ré administrativamente.

Argumentou a Caixa de Assistência que o contrato firmado entre as partes indicava quais eram as coberturas previstas, não estando o material solicitado pelo autor incluído em seu contrato e que se tratava apenas de questões estéticas. Alegou ainda que direito à saúde não permite fornecimento de todo e qualquer material, em razão de cláusula limitativa da reserva do possível.

No entanto, a Douta desembargadora determinou que o direito à vida e saúde não pode ser afastado ou mitigado em hipótese alguma, notadamente quando em

---

1

<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045290D5F86CA12D7A39DFAAF1E4CA7743C50204514733>

confronto com valores patrimoniais de operadoras de plano de saúde, no que tange a cláusulas contratuais abusivas.

Decidiu ainda que, não merece prosperar, eis que:

“o direito fundamental à saúde é consectário lógico do direito à vida, que foi tutelado de maneira primordial pelo legislador constituinte, nos termos do caput do artigo 5º, devendo a expressão “direito à vida” ser interpretada como o direito a uma vida digna, com os elementos mínimos (segundo a tão pregada teoria do mínimo existencial) que assegurem a vivência em sociedade com a dignidade que é inerente a todo ser humano”.

Ainda na decisão, a Magistrada, determinou que o fornecimento da prótese peniana para o enfermo, diante de sua moléstia, assume uma característica de imprescindibilidade, revelando-se essencial à preservação de sua saúde e bem estar físico, mental e emocional, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana. E ao final asseverou que a cláusula contratual deveria ser considerada nula e que não se vislumbrava desequilíbrio econômico-financeiro na avença.

A partir dessa senda, em que se faz uma análise do direito a saúde, e da aplicabilidade de cláusulas contratuais dos planos de saúde, realiza-se um estudo do direito a saúde no que tange aos argumentos utilizados no processo, a reserva do possível e do mínimo existencial. Observar-se-á também, o direito a vida na União Européia constante na Carta dos Direitos Fundamentais e cláusulas abusivas no Brasil no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro e a Diretiva 93/13/CEE na União Européia.

Importante destacar que o estudo comparativo ideal seria a análise do tratamento dado pela legislação de dois blocos econômicos, a União Europeia e o Mercosul, ou de dois países, Brasil e um Estado membro do bloco europeu, no entanto o bloco sul-americano não possui normas próprias, por outro lado os países membros europeus tem seu ordenamento jurídico interno vinculado aos ditames do Direito Comunitário, lá consolidado através das diretivas e da Carta dos Direitos Fundamentais na Europa.

A metodologia aplicada é a pesquisa de dados bibliográficos. Longe de esgotar o debate proposto, o presente artigo tem por fim estimular a análise do tema no seio jurídico.

## 2. DO DIREITO A SAÚDE

Após a Revolução Francesa, no final do século XVIII, Estado Liberal defendia o princípio da não intervenção do Estado na economia, pois deste modo, a burguesia poderia usar a economia a seu favor através da prática da autorregulação do mercado, afastando desse modo que a realeza interferisse na estrutura econômica social.

O Estado Liberal foi a revolta da burguesia frente aos demandas do absolutismo como forma de garantir seus direitos ora reivindicados, despertando o povo um sentimento de liberdade política.

Outra característica marcante deste Estado é a busca da igualdade, sentimento traduzido no lema da Revolução: liberdade, igualdade e fraternidade.

É neste período que surgem os direitos de primeira geração, que estabelece uma postura abstencionista do Estado em face aos indivíduos, determinando que não haja interferência na esfera individual do cidadão, que passa ter direito como a vida, a liberdade, a igualdade, a propriedade, segurança, liberdade de consciência e expressão(LOPES, 2001).

Diante da não intervenção do Estado nas relações sociais, a diferença entre os burgueses e as classe trabalhadores menos favorecidas aumentou bastante. Nessa fase, buscava-se a melhoria das condições de vida e trabalho, pois imperava a exploração da classe proletária pela burguesia, e com isso o Estado precisou atuar mais efetivamente na prestação de serviços na área social.

O Estado Mínimo já não mais atendiam os clamores feitos pela sociedade e o passou a assumir funções antes exercidas pelas instituições privadas. Houve um aumento das funções estatais, na burocracia e na relação entre particulares e entre a sociedade e o Estado, pois se ampliou o numero de leis e da atuação do executivo por meio da administração, pois o Estado passou a interferir na economia e na realização da justiça social.

Assim, o Estado Liberal já não podia sustentar esse novo cenário, era preciso intervir nas desigualdades sociais.

Tem-se o Estado Social, intervencionista que protege e garante uma prestação positiva do Estado, nos direitos de segunda geração, os sociais, econômicos e culturais.

O atual sistema jurídico brasileiro é um Estado Democrático em que se tem equilíbrio no posicionamento do Estado, ora abstencionista ora intervencionista, mas destinado a garantir o exercício dos direitos sociais e individuais.

Ultrapassadas as considerações necessárias para a compreensão da evolução do Estado até os dias atuais, inicia-se a exposição sobre o constitucionalismo para que se possa entender a interpretação e aplicabilidade da norma constitucional.

Neoconstitucionalismo de acordo com Ana Paula Barcellos se opera sobre três premissas fundamentais: sob o ponto de vista metodológico, tem-se a normatividade da Constituição, ou seja, as disposições constitucionais são norma jurídicas dotadas de imperatividade, a centralidade da Constituição, deve-se ao fato que os demais ramos do direito devam interpretados a partir do que dispõe a constituição e sua superioridade sobre o restante da ordem jurídica.(BARCELLOS, 2006)

No aspecto material, Ana Paula defende que apresentando características marcantes das atuais Constituições, como a incorporação de valores e opções políticas, como se percebe no artigo 3º da Constituição que define quais são os objetivos fundamentais da Constituição. Também, apresenta como característica material a expansão de conflitos, como dispõe o artigo 226, §3º da Constituição Federal que reconhece a união estável entre homem e mulher como entidade familiar.

Já Humberto Ávila, até reconhece o neoconstitucionalismo, mas o critica, na medida em que defende que não há hierarquia entre as normas. Para o autor, a Constituição Federal de 1988 é regulatória e não principiológica, no qual sugere também que deve se mantido a igualdade de poder dos poderes, ou seja, o Judiciário não deve ter preponderância em relação ao Legislativo, aspecto este denominado pelo autor de organizacional. Já no aspecto metodológico, propõe-se que empregue regras para a ponderação da aplicação das normas, quais sejam: aplicar primeiro a regra constitucional; depois a regra legal editada no exercício regular na função legislativa e inexistindo as duas anteriores, ponderar os princípios constitucionais colidentes no intuito de editar norma individual para o caso concreto.(AVILA, 2009)

No plano axiológico, Humberto Ávila defende que as regras desempenham um papel importante na medida em que estabilizam conflitos morais e reduzem as incertezas e arbitrariedade (AVILA, 2009).

A idéia de neoconstitucionalismo se traduz em interpretar a norma fundamental, tentando extrair dos conteúdos a mais perfeita interpretação, buscando o mais alto nível de satisfação e promovendo mais benefícios para o indivíduo detentor de direitos e garantias. (NELSON, 2012)

A nova interpretação constitucional difere-se da tradicional na medida em que na tradicional a norma oferece soluções de conflito de modo abstrato, enquanto na nova, o

caso concreto é analisado, pois nem sempre é possível encontrar no texto normativo respostas ao problema jurídico em questão.

Num segundo aspecto, a interpretação no modo tradicional, basta que o Juiz tenha o conhecimento para aplicação da norma, cabendo a ele tão somente a subsunção do fato à lei, já na interpretação pelo neoconstitucionalismo, o Juiz passará a fazer parte do processo, fazendo as valorações necessárias, a adequação a lei ao caso concreto podendo utilizar de sua criatividade para escolher dentre muitas soluções possíveis.

Dentro desse novo conceito de interpretação da norma constitucional, situa-se o ativismo judicial que pode ser entendido como uma postura protiva de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance das suas normas para além do legislador ordinário, neste ponto tem-se a crítica do Humberto Avilla no tocante ao fundamento organizacional, pois o Judiciário se põe acima dos outros poderes. (BARROSO,2010)

Mas deixando a crítica de lado, infere-se que o ativismo judicial se justifica pelo fato de concretizar imediatamente o texto constitucional com a adoção de uma postura mais audaciosa no que concerne aos princípios abstratos da igualdade, liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana.

Esta foi a marca da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, valorização da pessoa humana e respeito pela vida com dignidade, já que desperta a consciência da necessidade de proteger não apenas o indivíduo mas a sociedade que ele se desenvolverá como ser social.

## **2.1 Direito à saúde: um direito social na Constituição Federal de 1988**

O direito a saúde está inserido no rol dos direitos sociais, sendo um direito fundamental da pessoa humana, integrando a segunda geração dos direitos fundamentais. A saúde é está caracterizada pelo art. 6º da Constituição como um direito social, juntamente com a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, a infância e a assistência aos desamparados.

O art. 1º da Constituição Federal de 1988, por sua vez, ao inaugurar o texto constitucional, traz em seu inciso III a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil,

a qual tem por objetivo construir uma sociedade livre, justa e solidária, na forma do inciso I do art. 3º.

No que tange as suas relações suas relações internacionais, a República Federativa do Brasil, a teor do art. 4º, II, da CF/88, também se compromete com a prevalência dos direitos humanos.

Assevera inviolabilidade do direito à vida, entre os Direitos e Garantias Fundamentais, o art. 5º, *caput*, com proteção reforçada por se tornar cláusula pétrea, consoante o disposto no art. 60, § 4º, IV.

Conjugando-se, portanto, o direito à vida e a proteção da dignidade da pessoa humana, frutifica certamente o direito à saúde, caracterizado como direito social inserido no Capítulo da Ordem Social e com previsão central no artigo 196 acima transcrito.

Tendo um cunho prestacional positivo, o direito a saúde, exige ações do Estado para que sua realização seja possível, com adoções de política públicas para dar eficácia e efetividade a esse direito. Uma das dificuldades para a promoção desse direito encontra-se no fato de não haver uma definição precisa sobre saúde. Não se sabe ao certo se a prestação é limitada às necessidades básicas e essências à vida humana ou se ela se estende a qualquer tipo de prestação que vise tão somente a satisfação pessoal.

Justamente pelo fato de os direitos sociais prestacionais terem por objeto prestações do estado diretamente vinculados à destinação, distribuição, bem como a criação de bens materiais o que revela-se numa dimensão econômica.

Os direitos de defesa, no qual se tem uma conduta omissiva, são destituídos desta dimensão econômica, na medida em que o objeto de sua proteção podem ser resguardados independentemente das circunstâncias econômicas.

### 2.1.2 Reserva do Possível

A reserva do possível é um argumento ocasionalmente utilizado nas respostas do Estado às demandas judiciais cujo objeto é o adimplemento de prestações previstas em normas que conferem aos cidadãos algum direito fundamental social. Objetiva adequar essas pretensões às possibilidades financeiras do Estado.

No entanto, o “fator custo” não é impedimento para efetivação de direitos sociais pela via jurisdicional no Brasil. (SARLET,2009), refere-se a “ reserva do possível”, que constitui um limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também pode atuar como garantia dos direitos fundamentais, quando analisado os critérios da

proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos, diante da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Ressalta, Sarlet, que se deve observar: a efetiva disponibilidade jurídica dos recursos para a efetividade dos direitos fundamentais, a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos; e já na perspectiva do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante a exigibilidade e, nesta quadra, também a sua razoabilidade(SARLET, 2009).

Ou na visão de Ana Paula de Barcellos, a “expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por ele supridas.(BARCELLOS, 2002).

Por ora, é possível concluir que os direitos prestacionais sociais, entendidos aqui como direitos a prestações fáticas e materiais que devem ser criadas, fornecidas e distribuídas pelo Estado, são direitos subjetivos submetidos a uma relativização na medida em que a sua justiciabilidade condiciona-se a reserva do possível e até mesmo a atividade legislativa integradora caso a norma definidora do direito fundamental contenha baixa densidade normativa.

Sob a referência da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, percebe-se que direito à saúde, caracteriza-se como norma princípio, concebida pelo autor como um mandado de otimização, a ser implementado na medida das possibilidades fática e jurídicas.(ALEXY, 1997)

Tem-se a discussão de que se o direito a vida é um direito subjetivo. Posto que em geral, quando se refere a Direitos Fundamentais como direitos subjetivos, tem-se em mente a idéia de que o titular de um direito juridicamente tutelado é aberta a possibilidade de impor juridicamente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário, responsável por sua satisfação, o Estado ou os particulares.(SARLET, 2009).

Ana Maria Dávilla Lopes assevera que a existência de um direito subjetivo, ainda muito presente no civil Law, está perdendo respaldo teórico na medida em que a eficácia dos direitos subjetivos não está garantida pelo Estado.(LOPES, 2001)

Nosso Tribunais Superiores destacam a saúde como direito publico subjetivo, corolário do direito a vida, competindo aos Poderes Públicos o custeio do tratamento de doenças aos reconhecidamente pobres, *in verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO INDISPENSÁVEL – HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA – Obrigação do município, como gestor do SUS, de disponibilizar tais recursos. Direito líquido e certo garantido pelo artigo 196 da Constituição Federal. Norma programática capaz de embasar a satisfação do direito à medicação. Hipótese refutada. Princípio da independência entre os poderes da união. Não violação. Remessa necessária e recurso voluntário desprovidos. o município é competente para a prestação do atendimento à saúde da população (Constituição Federal, art. 30, VII). Constitui direito público do cidadão a saúde e incumbe ao poder público o fornecimento de medicamento bem como o custeio do tratamento relativamente àquele que, sendo pobre no sentido legal, necessita de cuidados médicos. Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do estado, - Uma vez configurado esse dilema - Razões de ordem éticojurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: O respeito indeclinável à vida (STF, Min. Celso Mello). (TJSC – AC-MS 2005.012177-0 – São José – 3ª CDPúb. – Rel. Des. Pedro Manoel Abreu – J. 22.11.2005) JCF.196 JCF.30 JCF.30.VII JCF.5. (In: Juris Síntese IOB JSI59, Mai-Jun. 2006.)<sup>2</sup>

Mas observa-se também na julgados que relativizam tal direito por questões orçamentárias ligadas a reserva do possível:

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 97.000511-3, Rel. Des. Sérgio Paladino, entendeu que o direito à saúde, garantido na Constituição, seria suficiente para ordenar ao Estado, liminarmente e sem mesmo sua oitiva, o custeio de tratamento nos Estados Unidos, beneficiando um menor, vítima de distrofia muscular progressiva de Duchenne, ao custo de US\$ 163.000,00, muito embora não houvesse comprovação da eficácia do tratamento para a doença, cuja origem é genética. Nesse julgamento foi asseverado que: “ao julgador não é lícito, com efeito, negar tutela a esses direitos naturais de primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o Erário”, sendo afastados os argumentos de violação aos artigos 100 e 167, I, II e VI, da Constituição Federal. O Supremo Tribunal Federal, em decisão de seu presidente Min. Celso de Mello negou pedido de suspensão dos efeitos da liminar por grave lesão à ordem e à economia pública, solicitada pelo Estado de Santa Catarina.<sup>3</sup>

Nesse julgamento, determinou-se a devolução da quantia já levantada, sob a alegativa que à saúde garantida pela Constituição deveria ser cumprida dentro dos limites das verbas alocadas à saúde, devendo o Governante, segundo os critérios de conveniência e oportunidade, procurar atender aos interesses de toda a coletividade de maneira universal e igualitária para cumprir a norma constitucional. Não em benefício de um único cidadão, já que esse atendimento, prejudicaria o restante da população, que

---

2

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Obriga%C3%A7%C3%A3o+do+Munic%C3%ADpio%2C+como+gestor+do+SUS%2C+de+disponibilizar+tai+recursos.>

3

[http://www.revistadourina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadourina.trf4.jus.br/artigos/edica\\_o001/giovani\\_bigolin.htm](http://www.revistadourina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadourina.trf4.jus.br/artigos/edica_o001/giovani_bigolin.htm)

vêm as verbas destinadas à saúde diminuírem sensivelmente, em detrimento de suas necessidades.

A limitação de recursos públicos, especialmente em um País como o Brasil, é um fato verificável, sendo utopia imaginar ou defender que o Estado possa conceder toda e qualquer prestação na área da saúde a toda e qualquer pessoa, situação que não existe em qualquer país do mundo, nem mesmo naqueles de melhor condição econômica.

Neste contexto, também assume relevo o já referido princípio da proporcionalidade, que deverá presidir a atuação dos órgãos estatais e dos particulares, seja quando exercem função tipicamente estatal, mesmo que de forma delegada (com destaque para a prestação de serviços públicos) seja aos particulares de um modo geral. Além disso, nunca é demais recordar que a proporcionalidade haverá de incidir na sua dupla dimensão como proibição do excesso e de insuficiência, além de, nesta dupla acepção, atuar sempre como parâmetro necessário de controle dos atos do poder público, inclusive dos órgãos jurisdicionais, igualmente vinculados pelo dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais.(SARLET, 2002)

No entanto, no julgamento em análise, a, Douta Juíza determinou que o direito à saúde não pode ser afastado ou mitigado em hipótese alguma, notadamente quando em confronto com valores patrimoniais de operadoras de plano de saúde, no que tange a cláusulas contratuais abusivas, mesmo que tal decisão possa causar prejuízo para os demais usuários do plano de saúde.

## **2.2 Direito à saúde na União Européia: análise da Carta dos Direitos Fundamentais**

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi solenemente proclamada em 07 de dezembro de 2000 pelos presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, após ser discutida e submetida à apreciação dos Estados-membros no Conselho Europeu de Nice(GUERRA, 2011).

Trata-se de um acordo interinstitucional entre o Conselho, o Parlamento Europeu e a Comissão. Com efeito, essas instituições, assim ligadas por um acordo, se comprometem então a respeitá-lo(TULKENS, 2002).

Com o objetivo de facilitar o entendimento sobre o conteúdo da Carta e sua significativa importância para a proteção dos direitos fundamentais, faz-se inicialmente a visualização de parte do preâmbulo:

“Os povos da Europa, estabelecendo entre si uma união cada vez mais estreita, decidiram partilhar um futuro de paz, assente em valores comuns. Consciente do seu património espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, coloca o ser humano no cerne da sua acção.”<sup>4</sup>

Percebe-se que o principal objetivo da Carta está expresso em seu próprio preâmbulo: “Os povos da Europa, estabelecendo entre si uma união cada vez mais estreita, decidiram partilhar um futuro de paz, assente em valores comuns”. Para obterem tal objetivo, emprega-se as suas funções gerais, quais sejam: servir como instrumento hábil para aumentar a legitimidade política da União e de reforçar a segurança jurídica no âmbito da União Europeia.

É formada por um preâmbulo e dividido em 54 artigos, integrados em sete capítulos: Dignidade; Liberdade; Igualdade; Solidariedade; Cidadania; Justiça; Disposições Gerais.

Sob a epígrafe da Dignidade, enumera-se os direitos que decorrem da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana(art.1º); direito à vida e a proibição de pena de morte(art.2º):

“DIGNIDADE

Artigo 1.o

**Dignidade do ser humano**

A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida.

Artigo 2.o

**Direito à vida**

1. Todas as pessoas têm direito à vida.

2. Ninguém pode ser condenado à pena de morte, nem executado”.<sup>5</sup>

Já no capítulo referente a solidariedade, mais uma vez aparece a defesa ao direito à saúde:

“Artigo 35.

Protecção da saúde

Todas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais. Na definição e execução de todas as políticas e ações da União, será assegurado um elevado nível de protecção da saúde humana.”<sup>6</sup>

Destaca-se, que a Carta possui força vinculante na seara jurídica, em 13 de dezembro de 2007, os chefe de Estado e de Governo da União Europeia assinaram o

<sup>4</sup> [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf). Disponível em 24/04/2014 as 8:22

<sup>5</sup> [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)

<sup>6</sup> ibid

Tratado de Lisboa. A entrada em vigor deste Tratado, fez que com que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia tivesse força vinculativa.

Esta Carta serve de orientação para as instituições e Estados-membros quando se utilizam do Direito Comunitário. Estes órgãos deve respeitar os direitos e princípios da Carta, bem como promover a sua aplicação.

Tal carta assume o protagonismo de proteção dos direitos fundamentais no âmbito da União Europeia, secundarizando os instrumentos de proteção nacional, quando se aplica o direito da União, na medida em que o direito da União goza de primazia sobre o direito nacional e determina a aplicação do nível de proteção mais elevado. Isto permite que os particulares invoquem judicialmente as disposições da Carta contra eventual violação dos direitos fundamentais por parte dos Estados-membros, relativamente às medias nacionais que apliquem o direito da União.

Mas tem-se também, o princípio da subsidiariedade que comporta duas vertentes: de um lado, permite que a comunidade interfira na resolução de problemas de caráter supranacional cuja resolução não pode ocorrer em nível de atuação individual dos Estados-membros; por outro lado, pretende manter a competência dos países nos domínios que a intervenção comunitária não permite regulamentar melhor. O princípio visa garantir uma autonomia do poder local, em face do poder central<sup>7</sup>.

A Carta revela o alcance dos direitos fundamentais de forma visível a todos os cidadãos da União, já que traz um rol de novos direitos, mas representa os direitos já consagrados, reunido-os em um único instrumento para facilitar a sua identificação, conhecimento e aplicação.

A Carta deflagra o controle do respeito aos Direitos fundamentais no exercício das competências da Comunidade, a reverência a adesão à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a estrutura jurisdicional da Comunidade e as Constituições Nacionais, como assim afirma, ainda em sede de preâmbulo na Carta:

“A presente Carta reafirma, no respeito pelas atribuições e competências da Comunidade e da União e na observância do princípio da subsidiariedade, os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, do Tratado da União Europeia e dos Tratados comunitários, da Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, das Cartas Sociais aprovadas pela Comunidade e pelo Conselho da Europa, bem como

---

<sup>7</sup> The Firts digital library on the history of europe. Judgment of the Court of Justice, Internationale Handelsgesellschaft, Case 11/70 (17 December 1970). Disponível em: [http://www.ena.lu/judgment\\_court\\_justice\\_internationale\\_handelsgesellschaft\\_case\\_11-70\\_december\\_1970-030002949.html](http://www.ena.lu/judgment_court_justice_internationale_handelsgesellschaft_case_11-70_december_1970-030002949.html). Acesso em abril. 2014

da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.”<sup>8</sup>

O controle dos direitos fundamentais no exercício das competências da Comunidade, leva ao entendimento de que a enumeração dos direitos da Carta não significa que União passa a ser competente nas matérias abrangidas por esses direitos, mas simplesmente devem respeitá-los no exercício das suas competências.

Para os direitos além da Carta, esta terá a função de garantir a salvaguarda dos níveis de proteção já existentes, afinal, os direitos constantes na Carta, correspondem aos direitos que já figuram na Convenção Européia, tendo o mesmo sentido e limites, gerando entre a Carta e a Convenção uma noção de correspondência e facilitando a integração no sistema jurídico da União.

Com a introdução da clausula *status quo*, garante-se que não haverá evoluções negativas, ou seja, a Carta preservará o nível de proteção atualmente conferido nos respectivos âmbitos de aplicação, conforme determina o item 3 do artigo 52 da Carta, *in vrbis*:

“Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma protecção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma protecção mais ampla.”

O âmbito de aplicação da Carta esta previsto nas suas disposições gerais. Nesta parte também, visa-se estabelecer vínculos entre a Carta e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

No domínio dos direitos civis e políticos, a Carta faz numerosas analogia à CEDH. De fato, evidencia-se que dos cinquenta artigos que a Carta contém, cerca da metade foi concebida por analogia à CEDH, enquanto a outra metade se divide entre direitos econômicos e sociais *lato sensu* e os direitos os cidadãos da União.

Os princípios constantes na Carta são aplicáveis aos Estado-membros, sempre que aplicarem a legislação comunitária, apesar de já ser obrigação dos Estados-membros de respeitarem os direitos fundamentais.

Visualiza-se dois princípios base que devem nortear a interpretação da Carta: indivisibilidade e universalidade.

---

<sup>8</sup>[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)

Quanto a indivisibilidade, tem-se que os direitos fundamentais, não podem ser divididos em categorias de importância. No tocante a universalidade, resta observada, serem atribuídos a todos os indivíduos.

Pela primeira vez, todos os direitos que se encontravam dispersos por diversos instrumentos legislativos, como na legislação nacional e convenções internacionais do Conselho da Europa, das Nações Unidas e da Organização Internacional do Trabalho, foram reunidos em um único documento, a Carta. Reforça a segurança jurídica no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais, proteção essa que até a data era conferida pela Jurisprudência do Tribunal de Justiça pelo artigo 6º do Tratado da União Europeia.

A importância da Carta se deu até mesmo antes, quando ainda não tinha força vinculante. Três advogados gerais Tizzano, Léger e Mischo que “A Carta incontestavelmente os direitos que são o seu objeto ao mais alto nível dos valores comuns aos Estados-membros.” No seu Acórdão, 27 de junho de 2006, relativo à diretiva sobre o reagrupamento familiar (Processo C-540/03), o Tribunal de Justiça fez, pela primeira vez uma referência explícita à Carta e sublinhou sua importância.”<sup>9</sup>

Observa-se uma decisão, ainda que em caráter administrativo, a importância dada ao direito à vida mesmo que possa incorrer em prejuízos para o erário do Estado:

FIDH denunció que Francia había violado el derecho a asistencia médica (artículo 13 de la Carta Social Europea Modificada) al eliminar la excepción que favorecía a los inmigrantes ilegales con muy bajos ingresos de pagar cargos por tratamiento médico y hospitalario. También denunció que una reforma legislativa de 2002 que restringía el acceso a servicios médicos por parte de los hijos de inmigrantes ilegales violaba los derechos de los niños a ser protegidos (artículo 17). El Comité opinó que Francia había violado los derechos de los niños, pero no los de los adultos. Aunque los derechos de la Carta abarcan solamente a los extranjeros ciudadanos de otros Estados Parte de la Carta que sean residentes legales o trabajen regularmente dentro de ese Estado, el Comité enfatizó que la Carta se debe interpretar teniendo en cuenta su objetivo, el cual debe ser coherente con los principios de la dignidad humana individual, y que, por ello, todas las restricciones deben entenderse en forma estricta. En consecuencia, por una mayoría de 7 a 6, el Comité concluyó que toda “legislación o práctica que niegue el derecho a la asistencia médica de ciudadanos extranjeros, dentro del territorio de un Estado Parte, aunque aquellos se encuentren allí ilegalmente, es contraria a la Carta”, aunque no todos los derechos de la Carta pueden extenderse a los inmigrantes ilegales. . El Comité sostuvo que se había violado el artículo 17 (derecho a protección de los niños), aunque el acceso de los niños afectados a asistencia médica fue similar al de los adultos, porque dicho artículo era más amplio que el derecho a la asistencia médica. En las palabras del Comité: “la Carta debe ser interpretada de manera tal de dar vida y significado a los derechos sociales fundamentales. Por ello, entre otras cosas, las restricciones de los derechos deben ser interpretadas con limitaciones, es decir, con el objetivo de preservar intacta la esencia del derecho y de alcanzar el objetivo

<sup>9</sup>

general de la Carta [...] El artículo 17 de la Carta Modificada está [...] inspirado directamente en la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU. Protege de manera general el derecho de los niños y jóvenes, incluyendo los menores no acompañados, a obtener tratamiento y asistencia” (párr. 29 y 36).

A denúncia de violação pela França do direito à saúde dos imigrantes, deve-se a alteração de normas que permitia o fornecimento de assistência médica aos imigrantes ilegais, posto que com a alteração se exigiu dos imigrantes ilegais com rendimentos muito baixo o pagamento de taxas para o tratamento médico hospitalar. Ainda restringiu o acesso a serviços médicos por filhos de imigrantes ilegais.

Desta forma, o Comitê Europeu dos Direitos Sociais, considerou que houve uma afronta clara aos direitos dos filhos de imigrantes ilegais, visto a prioridade dos direitos das crianças, bem como feriu os princípios da dignidade humana de cada indivíduo.

O comitê concluiu que "legislação ou a prática que nega o direito à assistência médica de estrangeiros, no território de um Estado Parte, mesmo aqueles que estão lá ilegalmente, é contrário ao Carta ", embora nem todos os direitos da Carta possa se estender a imigrantes ilegais. Nas palavras da Comissão, "a Carta deve ser interpretada de modo a dar vida e significado para os direitos sociais fundamentais”.

Em resposta à decisão da comissão, o governo francês mudou suas políticas. A 4 de maio de 2005, o Comité de Ministros tomou conhecimento do parecer jurídico do comitê e disse que a informação fornecida pelo Governo, incluindo uma circular de 16 de março de 2005, que prevê que "todos os cuidados dispensados às crianças residentes em França benéfico do que o plano de cuidados de saúde do estado é projetado para atender às necessidades de emergência "(CIRCULAR DHOS / DSS / DGAS).

Quanto ao direito de saúde no Tribunal Europeu de Direitos Humanos, percebe-se a sua proteção:

Caso PRETTY c. REINO UNIDO, acórdão de 29 de Abril de 2002  
DIREITO À VIDA (ART. 2º) – DIREITOS E LIBERDADES  
INDERROGÁVEIS – OBRIGAÇÕES POSITIVAS – TRATAMENTOS  
DESUMANOS E DEGRADANTES (ART. 3º) – RESPEITO PELA VIDA  
PRIVADA (ART. 8º) – INGERÊNCIA – PROTECÇÃO DOS DIREITOS E  
LIBERDADES DE OUTREM – NECESSIDADE NUMA SOCIEDADE  
DEMOCRÁTICA  
“Jane Pretty (a requerente) sofria de uma doença neuromotora (“NMD”),  
doença neuro-degenerativa progressiva do sistema nervoso central,  
inabilitante e incurável, que provoca o progressivo enfraquecimento muscular,  
afectando o domínio muscular do corpo; a doença é fatal na medida em que  
conduz à falência da actividade respiratória; contudo, e apesar de gravemente  
doente, as funções intelectuais da requerente e a capacidade para tomar  
decisões não se encontravam diminuídas.

A requerente pretendia cometer suicídio com a ajuda do marido, tendo requerido ao Director da Acção Penal (“Director of Public Prosecutions” – “DPP”) que não perseguisse criminalmente o marido se este a auxiliasse no suicídio como era sua vontade; o pedido foi recusado pelo DPP, tendo a requerente recorrido da decisão para o “Divisional Court” e posteriormente para a Câmara dos Lordes, que confirmaram a decisão e rejeitaram os recursos. VII. Não obstante a perspectiva dinâmica e flexível na interpretação da Convenção, esta tem de estar de acordo com os objectivos fundamentais da Convenção, na sua coerência enquanto sistema de protecção dos direitos humanos; o artigo 3º deve, por isso, ser interpretado de harmonia com o artigo 2º, que prevê a proibição do uso de força letal ou qualquer outra conduta que possa conduzir à morte de um ser humano, não conferindo a um indivíduo o direito de exigir do Estado uma decisão ou acto que permita ou facilite a sua morte.”

### 3. DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS

#### 3.1 Na União Europeia

Uma das formas de se aproximar as legislações dos Estados-membros é a adoção, por parte das instituições comunitárias, e a transposição para o direito interno, das diretivas. A diretiva é um ato legislativo da União Europeia que determina que os Estados- membros alcancem um resultado, sem determinar os meios para atingi-lo, deixando-os com certa dose de flexibilidade quanto às regras a serem adotadas. As diretivas são leis maleáveis, espécie de leis-objetivo, cuja incorporação nos ordenamentos nacionais é flexível quanto ao instrumento, mas obrigatória quanto ao objetivo para os países da União Europeia. A criação desse ato comunitário revela o propósito de proporcionar às instituições comunitárias uma uniformização e aproximação das legislações nacionais(MORAIS, 2009).

Hoje, as diretivas concernentes ao direito do consumidor são geralmente diretivas mínimas, respeitando a proteção concedida por cada país. Defesa do consumidor significa assegurar um nível de qualidade dos produtos que permita a exportação, sem problemas, bem como assegurar a concorrência no mercado.

Discorre-se no artigo 3º na Diretiva 93/13 a conceituação de clausula abusiva, na qual assevera ser uma cláusula contratual que não tenha sido objeto de negociação individual, que possa gerar um desequilíbrio em detrimento do consumidor e não tenha a observância da boa-fé(ALLEMAR, 2002).

Ao analisar tal conceito, depara-se com a restrição europeia de que apenas os contratos de adesão podem gerar cláusulas abusivas, excluído, desta forma os contratos celebrados entre consumidor e fornecedor em que há a anuência das cláusulas pelas

partes contratantes. É importante ressaltar, que o simples fato do contrato ser anuído por ambas as partes, não retira a vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor.

Ao observar o artigo 2º da Diretiva em estudo, atenta-se para a delimitação do que seja consumidor, assegura ser qualquer pessoa singular atue com fins não profissionais<sup>10</sup>. Pessoa singular, para as legislações europeias, tem o mesmo significado de pessoa física para a legislação brasileira.

Ademais, ainda na exploração do artigo 2º, vê-se que o legislador europeu determinou o elemento teleológico do conceito consumidor, qual seja a atuação com fins que não pertençam ao âmbito de sua atividade profissional. Mais uma vez a legislação restringiu a abrangência de aplicação da Diretiva 93/13, vez que é válida apenas para os consumidores que adquiram produtos ou serviços para uso pessoal.

Quando da conceituação de fornecedor, a Diretiva 93/13 considera como sendo pessoa física (singular) ou jurídica (coletiva), pública ou privada que nos contratos abrangidos, atua no âmbito de sua atividade profissional.

De acordo com o artigo 3º, 2, da Diretiva 93/13, deve-se considerar que a cláusula que não tenha sido objeto de negociação seja sempre redigida previamente pelo fornecedor em que o consumidor não tenha podido influir em seu conteúdo. Reforça o artigo que apenas os contratos de adesão podem ser aplicadas a vedação das cláusulas abusivas:

“o fato de alguns elementos de uma cláusula ou uma cláusula isolada terem sido objeto de negociação individual não exclui a aplicação do presente artigo ao resto do contrato se a apreciação global revelar que, apesar disso, se trata de um contrato de adesão.”

Percebe-se que a Diretiva exige o contrato de adesão para a consideração acerca das cláusulas abusivas.

O artigo 4º determina que o caráter abusivo de uma cláusula, poderá ser avaliado em função da natureza dos bens e serviços que sejam objeto do contrato. Assevera ainda, em seu artigo 5º que os contratos devam ser redigidos de forma clara e compreensível, e em caso de dúvida prevalece a interpretação mais favorável ao consumidor (ALLEMAR 2002).

A Diretiva propõe que as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor e que o

---

contrato continue a vincular as partes nos termos, se puder subsistir sem cláusulas abusivas.

De acordo o art.6º, 1, da Diretiva 93/13 que dispõe acerca da vinculação das cláusulas abusivas aos contratos:

“Os Estados-Membros estipularão que, nas condições fixadas pelos respetivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculem o consumidor e que o contrato continue a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas.”

Quanto aos critérios que permitem apreciar se um contrato pode efetivamente subsistir sem as cláusulas abusivas, delibera o Tribunal que importa notar que tanto a redação do artigo 6º, nº 1, da Diretiva 93/13 como as exigências relativas à segurança jurídica das atividades econômicas militam a favor de uma abordagem objetiva na interpretação dessa disposição.

Por conseguinte, afirma que o artigo 6º, nº 1, da Diretiva 93/13 não pode ser interpretado no sentido de que, na apreciação da questão de saber se um contrato que contém uma ou várias cláusulas abusivas pode subsistir sem as referidas cláusulas, o juiz se pode basear unicamente no caráter eventualmente vantajoso, para o consumidor, da anulação do referido contrato no seu todo.

Assim sendo, importa, contudo salientar que a Diretiva 93/13 procedeu apenas a uma harmonização parcial e mínima das legislações nacionais relativas às cláusulas abusivas, reconhecendo ao mesmo tempo aos Estados-Membros a possibilidade de assegurar ao consumidor um nível de proteção mais elevado do que aquele que a diretiva prevê. Assim, o artigo 8º da referida diretiva prevê expressamente a possibilidade de os Estados-Membros “*adotar[em] ou manter[em], no domínio regido pela [...] diretiva, disposições mais rigorosas, compatíveis com o Tratado, para garantir um nível de proteção mais elevado para o consumidor*” (v. acórdão de 3 de junho de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, Colet., p. I-4785, nºs 28 e 29).

Por conseguinte, a Diretiva 93/13 não se opõe a que um Estado-Membro preveja, no respeito do direito da União, uma regulamentação nacional que permita declarar nulo no seu todo um contrato celebrado entre um profissional e um consumidor que contém uma ou várias cláusulas abusivas quando se afigurar que tal assegura uma melhor proteção do consumidor. Ressalta-se que a Diretiva em seu anexo apresenta o rol exemplificativo das cláusulas abusivas, da alínea “a” à “q”.

### 3.2 No Brasil

O Código de Defesa do consumidor não define nem fornece conceito de cláusula abusiva, tendo sido reservada a doutrina tal incumbência, que entende estar baseado no conceito de abuso de direito dado pelo art. 187 do Código Civil. O dispositivo legal apenas apresenta, em seu art. 51, um rol de cláusulas contratuais consideradas abusivas e conseqüentemente nulas(DENSA, 2008).

A cláusula abusiva é um tipo aberto cujo preenchimento tem de ser feito pelo juiz quando da apreciação do caso concreto, já que o rol apresentado no CDC é meramente exemplificativo.

Na interpretação literal do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor observa-se que o legislador ao dispor: “*São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais ao fornecimento de produtos e serviços...*” que a expressão “entre outras” sinaliza para uma idéia de inclusão. Isso permite afirmar o caráter exemplificativo do elenco legal de cláusulas abusivas(SOARES 2007).

Ao analisar as disposições do Código de Defesa do Consumidor acerca das cláusulas abusivas no âmbito das relações de consumo, percebe-se que não há qualquer distinção entre contratos de adesão ou contratos individualizados. A proteção legal alcança toda e qualquer relação de consumo na qual se verifiquem imposições unilaterais por parte do fornecedor. Demanda-se no caso de contratos individualizados, a valoração no caso concreto, a partir de adoção dos critérios de análise global dos contratos, de seu contexto, circunstância, objeto e natureza (DIAS, 2008). Diante de uma cláusula abusiva, a lei brasileira fulmina a nulidade absoluta das tais disposições, ainda que tenha havido negociações entre as partes. Ressalta-se sua nulidade não decorre apenas de contratos de adesão, mas de contratos individualizados (CARPENHA, 2008).

Ademais, a vedação de cláusulas abusivas atinge a qualquer relação de consumo, em que se tenha consumidor de um lado, podendo ser pessoa física ou jurídica e fornecedor do outro.

É interessante a análise do artigo 46 do Código, para o presente artigo, pois dispõe que os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhe for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu

conteúdo. Determina, ainda, em seu art. 47 que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.(VADE MECUM)

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO DE DIREITOS. ADMISSIBILIDADE.

Os contratos de adesão são permitidos em lei. O Código de Defesa do Consumidor impõe, tão-somente, que "as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão." Destarte, ainda que se deva, em princípio, dar interpretação favorável ao adquirente de plano de saúde, não há como impor-se responsabilidade por cobertura que, por cláusula expressa e de fácil verificação, tenha sido excluída do contrato. Recurso não conhecido, com ressalvas quanto à terminologia. REsp 319707 / SP DJ 28/04/2003 p. 198  
RECURSO ESPECIAL  
2001/0047428-4 Ministra NANCY ANDRIGHI<sup>11</sup>.

Analisados os sistemas de proteção do consumidor na relação de consumo pela legislação brasileira e pela legislação europeia, destaca-se algumas similitudes e divergências.

Quanto às divergências, a legislação brasileira é aplicada aos consumidores pessoas físicas e jurídicas, aos contratos de adesão e contratos individualizados, bem como há previsão de nulidade de pleno de direito, quando da ocorrência de cláusulas abusivas. Diferentemente, do que ocorre na norma europeia, que delimita seu âmbito de aplicação, aos consumidores pessoas físicas, aos contratos somente de adesão e a previsão de nulidade das cláusulas, quando analisado o caso concreto. Ainda no tocante as divergências, salienta-se a obrigatoriedade da fonte tamanho doze para os contratos celebrados entre as partes, mas tal imposição não é observada na Diretiva 93/13.

No aspecto de similitudes, ambas as normas preveem a interpretação favorável ao consumidor, bem como a defesa de seus direitos, por meio de ações individuais ou coletivas, estas últimas a serem proposta por entidades de interesse na defesa do consumidor.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho consistiu em analisar, inicialmente o direito a saúde como um direito social prestacional, no qual apresentou a ruptura do paradigma do Estado Liberal burguês para o Estado democrático social, onde o Estado abandonou seu estado

---

11

[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=clausula+abusiva+contratos+ades%3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=11](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=clausula+abusiva+contratos+ades%3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=11). 13. 04.2012 as 20:44.

de inércia para, mediante prestações positivas, fornecer aos indivíduos condições materiais de existência, o que se deu através do fornecimento e entrega de prestações como a saúde pública, alimentação, moradia, educação, entre outros.

No entanto, essas prestações positivas, sendo do Estado ou dos particulares, tinha por vezes em não serem efetivadas em razão das condições econômicas do Estado o que passou-se a teoria do possível em seus contornos.

Percebeu-se que a teoria do possível é de suma relevância na medida a idéia de limitação de recursos públicos, especialmente em um País como o Brasil, é um fato verificável, sendo utopia imaginar ou defender que o Estado possa conceder toda e qualquer prestação na área da saúde a toda e qualquer pessoa, situação que não existe em qualquer país do mundo, nem mesmo naqueles de melhor condição econômica.

Posteriormente, analisou-se a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, mostrou-se seu surgimento, sua importância e aplicação, com decisões judiciais e administrativa acerca do direito a saúde na Europa.

Na Carta revela os direitos fundamentais pertencente a todos os cidadãos da União, já que traz um rol de novos direitos, mas representa os direitos já consagrados, entre eles a saúde, reunido-os em um único instrumento para facilitar a sua identificação, conhecimento e aplicação.

Por fim, ainda no estudo da decisão judicial em apreço, estudou-se o segundo argumento utilizado pelo Douta Juíza, qual seja, a da nulidade das cláusulas contratuais, quando consideradas abusivas.

Demonstrou-se ao dispositivos de lei, constantes no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor e jurisprudência em que se nos contratos constantes em plano de saúde, no caso de interpretação, estas devem ser realizadas de forma a favorecer o consumidor, já que limitativas de direitos. Posto serem redigidas de forma clara e expressiva.

Como também apresentou-se a diretiva 93/13 da União Europeia específica na proteção do consumidor em cláusula abusiva, e sua comparação a legislação interna nacional. Observando-se que diante de cláusulas abusivas em contratos consumeristas o ordenamento jurídico brasileiro é mais protetivo ao consumidor em relação ao tratamento dispensado pela legislação européia.

## REFERÊNCIAS

- ALLEMAR, Aguinaldo. Legislação de Consumo no âmbito da Onu e da União Européia. Curitiba: Juruá, 2002.
- ALEXY, Robert. Theorie der Grundrechte. Frankfurt am Main: Suhrkamp 1994 (há tradução para o espanhol: Teoría de los derechos fundamentales, trad. E. G. Valdés, Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1997
- AVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "Ciência e do Direito" e o "Direito da Ciência". In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos de Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, p.187-202
- BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flavio,(orgs) Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.31-60
- \_\_\_\_\_, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 236.
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: SILVA, Christine Oliveira Peter da. CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales. Controle de Constitucionalidade & Direitos fundamentais. Estudo em homenagem ao Prof. Gilmar Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p 241-254.
- BORGES, José Souto Maior. Curso de Direito Comunitário. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009
- BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. A União Européia e os Estudos de Integração Regional. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- CAMPOS, João Mota de. Manual de Direito Comunitário. 4. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- CARPENA, Heloísa. Abuso do direito nos contratos de consumo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.p 103
- DENSA, Roberta, *Direito do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009
- DIAS, Lucia Ancona Lopes de Magalhães. Um estudo das clausulas abusivas no CDC e no CC de 2002, in Revista de Direito Privado 32/189.
- GUERRA, Sidney. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Editora: Saraiva, 2011. P.144.
- JUNIOR, Antonio Corrêa. Comunidades Européias e seu Ordenamento Jurídico. Curitiba: Juruá Editora, 2009
- LEDUR, José Felipe. O contributo dos Direitos Fundamentais da participação para a efetividade dos Direitos Sociais. Curitiba, 2000. Tese de Doutorado em Direito do Estado- Setor de Ciência Jurídicas – Universidade Federal do Paraná
- LOPES, Ana Maria D´Avila. Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar. Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- \_\_\_\_\_, Ana Maria D´Avila. Democracia hoje para uma leitura crítica dos direitos fundamentais. UFP: editora, 2001.
- MAIA, Maurilio Casas. O Princípio Constitucional da Igualdade na relação medido-paciente e a diferença de classe no SUS. Entre a reserva do possível e a efetividade máxima do direito à saúde.RIDC, 2013, ano 21, v. 84. P.273-279.
- NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. A constitucionalização do direito à saúde e sua concretização via aplicação norma Constitucional. RDIC,2012 p. 105-144

NETO, João Costa. Dignidade Humana: Visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu. Editora: Saraiva, 2014.

OLSEN; Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais*. Efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008. p. 175-183

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração regional. Editora: Max Limonad, 2002.p.173

RAMOS, André de Carvalho. Processo Internacional de Direitos Humanos. Editora: Saraiva, 2013. P.176-178

SARLET, Igor Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 10ª edição.Livraria do Advogado, 2009. P. 280-288

SARLET, Igor Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 10ª edição.Livraria do Advogado, 2009. P. 280-

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. A nova interpretação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2007. P.67

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 266.

TULKENS, Françoise. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia o ponto de vista de uma juíza da Corte Europeia de direitos humanos. PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional.

VADE MECUM RT. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P.2045

#### REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS

ALMEIDA, Claudio Borges. O Primado do Direito Comunitário: estudos europeus e política internacional. Disponível em <http://paralelosocial.blogspot.com/2008/01/direito-comunitario.html>. Acesso em 20 jun. 2009

[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf). Disponível em 24/04/2014 as 8:22

[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)

The Firts digital library on the history of europe. Judgment of the Court of Justice, Internationale Handelsgesellschaft, Case 11/70 (17 December 1970). Disponível em: [http://www.ena.lu/judgment\\_court\\_justice\\_internationale\\_handelsgesellschaft\\_case\\_11-70\\_december\\_1970-030002949.html](http://www.ena.lu/judgment_court_justice_internationale_handelsgesellschaft_case_11-70_december_1970-030002949.html). Acesso em abril. 2014

BRICKS, Hélène. Les clauses abusive. Paris: Faculté de droit et des sciences économiques, 1977. Em [www.erudit.org/revue/cd/1986/.../042767ar.pdf](http://www.erudit.org/revue/cd/1986/.../042767ar.pdf). acesso 09.04.2012 as 9:01

SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do Possível, Mínimo Existência e Direito a Saúde: algumas aproximações. [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo\\_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html). 2002.

<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Obriga%C3%A7%C3%A3o+do+Munic%C3%ADpio%2C+como+gestor+do+SUS%2C+de+disponibilizar+tais+recursos>

Giovani Bigolin. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao001/giovani\\_bigolin.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao001/giovani_bigolin.htm)

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1003/R164-01.pdf?sequence=4>

### **JURISPRUDÊNCIAS**

[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)

EUROPA. Agência de Direitos Fundamentais. Disponível em [http://www.pgr.pt/Portugues/grupo\\_bases/jurisprudencia/2007/CELNIKU%20c\\_GRECIA.pdf](http://www.pgr.pt/Portugues/grupo_bases/jurisprudencia/2007/CELNIKU%20c_GRECIA.pdf)

[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=clausula+abusiva+contratos+ades%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=11](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=clausula+abusiva+contratos+ades%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=11)

<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00045290D5F86CA12D7A39DFAAF1E4CA7743C50204514733>

[http://www.pgr.pt/Portugues/grupo\\_bases/jurisprudencia/2007/CELNIKU%20c\\_GREC](http://www.pgr.pt/Portugues/grupo_bases/jurisprudencia/2007/CELNIKU%20c_GREC)